

# わが古代における

## 「赦」についての一考察

杉 山 晴 康

### 目 次

は し が き

第一章 わが上代の赦

(一) 上代の刑事規範

(二) 上代の赦

第二章 わが上世における赦の展開

(一) 序説（王申の亂以前の赦）

(二) 王申の亂以降の赦

(三) 長屋王の變以降の赦

(四) 赦の寛刑への傾斜關係

あ と が き

わが古代における「赦」についての一考察

## は し が き

保元物語の爲義最後事のくだりに「昔嵯峨天皇御時、左兵衛督仲成ヲ被<sub>レ</sub>誅シヨリ以來、久ク死罪ヲ被<sub>レ</sub>留……中略……正ク弘仁元年ニ仲成ヲ誅セラレテヨリ、帝王二十六代、年記三百四十七年、絶タル死刑ヲ申行ヒケルコソウタテケレ」としるされていることなどによつて、われわれは、上世後期から約三五〇年に近い間わが國において原則的に公刑としての死刑が行われていなかったことをしるのである。また、そのことの法令上の裏書の一つとして八一八年（弘仁九年）の、そして八二二年（弘仁十三年）の盜犯について罪の輕重なく死刑を廢して、みな役所に配すとしたものをあげることができるが、もとより、この死刑の停止は、この時代にみられた寛刑思想の具體的表現の一つであり、その基底には廣く寛刑思想が横たわつていたのである。しからば、この寛刑思想は、なにによつてもたらされたであらうか、わたくしは、それを上世における「赦」にもとめたのである。すなわち、寛刑思想の具體的表現は、まず「赦」のなかに芽生えたと思うのであつて、「赦」とその基盤との關連をたずねることによつてこの問題を明かにしたいと思うのである。

わが上代の法は「のり」と呼ばれていたことによつてもしられるごとく、直接君主の意思によつて定められた存在であり、それゆゑ、君主はその意思によつて、その「のり」を排して罪あるものを赦すことができたのである。ここに唐法繼受による制定法としての上世法とは微妙な相異をみることができるのであるが、その相異の表現の一つとして「赦」の問題を究める場合においては、まず、わが國における個有の「赦」の性格が明かにされなければならない

と思うのである。そして、そのためには、まず上代における刑罰權の發生に關連して、わが國における固有の「赦」の本質を明確にし、それにより、わが國の「赦」の原形とその展開をみてゆきたいと思つてゐる。

大化改新は、古き制度を精算して新しきものによつた、その主なるものとして法律制度の唐からの繼受があげられるが、「赦」もここに新しく中國的表現をもつて現れるにいたつた。その「赦」における中國的表現の一つとして、わたくしは、とくに祥瑞と「赦」との關係をみたいと思う、なんとすれば、政治が正しければ、天がこれに應じて祥瑞を示すとの思想は、直接に政治に關連しているからそれをみてゆくことによつて、この時代の「赦」の一面をしることが出来るからである。

もとより「赦」は、君主の仁惠によるものであつて、そのはじめには全般的な寛刑とは直接の關連があつたとは思われない、しかし、その仁惠によつて行われていた「赦」は、いつかその寛刑という要素がさらに強く作用するにいたつたのである。それは、學者のみるごとく日本人のもつてゐる性格の溫和さによるものであろうが、わたくしは、主として政治權力の中樞を把握した佛教の影響によるものであると思つてゐる。そこで、この佛教は、どのような様相において「赦」に影響を與えたであらうかが明かにせられなければならないと考えるのである。

このような立場でもつて、この小論において、わたくしは、上代より上世にかけての「赦」の一面を考察せんとするものである。

なを、本稿については、石井良助先生に懇切なる御指導をたまわつた、ここに深く謝意を表する次第である。

## 第一章 赦の本質

### （一）

罪あるものを赦すことは、中國においても、中國法を繼受した日本においても、ある程度君主の仁恵によつてなされたのであつて、そこに赦の本質をみいだすことができると思う（註）。すなわち、赦の權は、天皇に專屬してしたのであつて、その點、制定法上に直接の根據をもつていた他の刑の減輕や免除とは質的に異つていたということができる。わが上世における刑事法體系は、赦によつてくずされていつたとみることができ、この赦については、それを示す一般的な規定は律のなかにみいだすことはできないのである。

さて、赦は、その他のものと同じく中國の赦の制度に強く影響されていたことは争えない事實である。しかし、中國のそれが、わが國に多くの影響を與えたことは、わが國の土壤にそれを育成する要因があつたからなのであつて、けつして、中國からの機械的繼受によるものと斷定してはならないのである。すなわち、赦についての中國からの影響は、竹に木を接いだようなものではなく、やはり、木に木を接いだようなものであつたのである。このように考えると、その接がれた木の實體はいかなるものであつたかということが、この問題を考える出發點になるのである。されば、先にのべたごとく律令時代においては赦をなすか否かは天皇の仁恵にかかつていたのであるが、その仁恵と赦との關係は時代的に遡つて固有法時代の赦を出發點とすることによつて始めて赦そのものの本質にふれることができるし、わが國における赦の特質を説明することができるのではないかと思うのである。

(註) かつて瀧川博士は、敕令詔書の形式の嚴格性をとらえて「これは恩赦の權が天皇に專屬せるものと考へられてゐたからである」(日本法制史一六三頁)とせられている。

さて、赦の本質の解明には、やはり、わが上代における刑事規範の問題より入つてゆかなければならないが、この點については、すでに多くの學者により詳細に論ぜられているのであるが(註一)、わたくしも、ここで本論に必要な限度をこえるかもしれないが一應ふれてみたいと思ふのである。

わが原始刑事規範をするための鍵としては、わが古典などにみえるツミとハラへがあることは、いまさういうまでもないが、それらによつてしることができわが原始刑事規範の本質は、大略以下のごとく考えることができるであらう。

古事記、日本書記の物語のみならず、御門祭の祝詞などからしられるごとく、わが上代の人々は、いたるところに禍をもたらす恐るべき精靈がいるし、また、その他の神や精靈でさえも幸福も授けるかもしれないが、まかり間違えば恐ろしい禍を人々にもたらすと確信していた。そして、その禍をもたらす原因をなしている人々の行動と、それに對する禍をふくめて人々はツミと呼んでいたと推測される。速須佐之男命の高天原における種々の惡業に對して、日神である天照大神が天石屋戸にこもられたため

高天原皆暗く、葦原中國悉く闇し、此に因りて常夜往く。是に萬神の聲は、狹蠅なす皆湧き、萬の妖悉に發りきと古事記にしろされているが、これは、最も古い形におけるツミについての人々の所業と、それに對する禍の關係を推測させる。この關係は、これより新しい形を示すと思われる古語拾遺の物語において、さらにはつきりと示されて

いる。すなわち

昔神代に、大地主神、田營ります日に、牛穴を田人に食しめたまひき、その時に、御歳神の子、其田に至まして、饗に唾て還りまして、狀を父に告げましき、御歳神、發怒して、蝗を其田に放ちたまひしかば、苗葉、忽ち枯損えて篠竹のごとなりき

と、この物語は、昆虫の災をおもわせるものがあるが、ここにおけるツミについての因果關係は、大地主神などの所業（田人に牛穴を食せしめたこと——それは御歳神などのいみきらうものである）を、御歳神が怒り、一定の災害を人々に與えたというところがあり、後世の犯罪と刑罰の關係に對比しうるものをもっていることに注目すべきである。

そして、かかる關係は、松岡靜雄氏が「記紀論究」においてのべられているごとく上代においては、犯罪的なものも、刑罰的なものも、ともにツミという一つの概念の下に統合して理解していたのであり、その結果、後に編纂された律などにおいても刑とすべきところを罪とし、また、國津罪のなかに白人・胡久美とか、昆虫災、高津神災、高津鳥災といったものが混入される結果をみちびいたのである。それらは、ツミの概念が犯罪的なものと刑罰的なものとに分裂したけれども、それぞれの凝固がまだ完全になされていなかった過渡期における產物であり、制裁主體が神から君主に移行したのちにも残存した過去の遺制として考えることができるであらう（註二）。

（註一）たとえば、石井良助博士の「刑罰の歴史」（日本）九頁以下——法律學體系第二部、法學理論篇132p——、高柳真三教授「上古の罪と赦および刑」（法學五卷一號→三號 牧健二博士「固有刑法の基本觀念」（法學論叢第四六卷六號）などがあげられる。

（註二） 松岡靜雄氏、「記紀論究」神代篇三ならびに、原田慶吉氏「楔形文字法の研究」二四三頁以下参照。

以上のようなツミに對して、禍をする邪神などを品物や動物、そして、さらに推測するならば、おそらく人につけて、これを境域の外に放逐するとか、あるいは、特定の方式に従つて、神の怒を寛げ、それにより禍が人々にかからないように豫防したり、またすでにかかつた禍を消失させることがなされた、このようなものを人々はハラへと稱したのである。ハラへには二つの方式があつたとせられているが、その一つは、黄泉の國で兇目汚穢きことに身をさらされた伊耶那岐神がアハギ原でなされた禊祓がこれであり、他は、岩戸隠れ神話や、その他の物語にも散見する祓である（註一）。この後者の祓は、例えば、古事記岩戸隱の段に「千位置戸を負せ」とか日本書紀に「而科之以千座置戸」とあるごとく、ある種の祓物を科して行われたのである。

祓物をおいて祓を行うことは、元來、呪術的本質をもつたもの思われる、すなわち、前述岩戸隱神話においても、天照大神を岩戸から移すために「天安之河の河上の天堅石を取り、天金山の鐵を取」つて鑛をつくらせ「八尺勾璫の五百津の御すまの珠を作らしめ」「天香山の眞男鹿の鹿を内拔きて、天香山の天波波迦を取りて、占合へまかなはしめて」「天香山の五百津眞賢木を、根こじこじて上枝に八尺勾璫の五百津の御すまの玉を取り著け、中枝に八咫鏡を取り繫け、下枝に白丹寸手青丹寸手を取り重でて」天宇受賣命が天香山の天之日影を手に、天之眞杵をかづらとして、天香山の小竹葉を手草に結つて、天之石屋にうけ伏して踏みとどろこし、神懸したとしるしている。この物語は修飾されているのかもしれないし、また古代人の日蝕に對するマジックがこのような物語として殘されたのかもしれない。

れないが、ここに祓物をもつてする祓の原形が示されているのではないだろうか。元來、前述のように祓物は、呪術的本質をもつたものであつたのであり、千位置戸の祓は、かかるものの一つとして解すべきであるが（註二）、この種の祓に提供された物品などが、時の経過とともに次第に呪術的色彩を消失し、それに反比例して現實的意味あい、すなわち贖罪的色彩を漸く獲得し、そして、そのようなものが、なを一段とおし進められると財産刑としての特質をもたしめられるにいたつたのである（註三）、（註四）、（註五）。

しからば、この経過は、どのようなものであつたであろうか、刑事規範が宗教性を脱皮してゆく過程を分析することによつて、赦のもつている本質をみきわめることができるのではないだろうか。そこで以下には、その點を少しく詳説してみたいと思う。

（註一） これら二つのハラへは、どちらかというと前者の禊祓がハラへの原形をなしていると推測される。

（註二） 岩戸隠神話の祓については、記紀のなかに微妙な點についての相異があることはすでにしられている。しかし、ここに登場する速須佐之男命の物語を、そのまま無批判にみることは危険である、例えば、日本武尊とか景行天皇とか神功皇后とかの物語は、それぞれの物語に多くの他の物語が加わつて作り上げられているのであつて、それゆえ、物語のつじつまがあわなかつたりする矛盾が當然にでてくるのである。

（註三） 千位置戸は、大體において祓物に關係があるということはいふ。本居宣長「古事記傳」（本居宣長全集）一卷四二三頁以下、黒板勝美氏「日本書紀」（岩波文庫版）上巻六五頁、金子武雄氏「延喜式祝詞講」四四一頁参照。

（註四） 須佐之男命の物語には、この呪術的なものと贖罪的なものとが混在せしめられていると思われる。

（註五） たとえば、前掲古語拾遺の物語において、田の苗葉が枯損して篠竹のごとくなつたので、大地主神がそのゆえんをうらなわしめたところ

御歳神、崇をなせり、宣く白猪、白馬、白鷄を献り、其の怒を解めまつらなとまをす、かれ教のままに奉謝して、御歳神



に答らなければ、實吾意ぞ、宜く麻柄を以て持を作り持ぎ、またその葉をもて掃ひ、天押草をもて押て、鳥扇もて扇てよ  
……中略……かれ其の教のまにまにせしかば、苗葉復成りて、年穀豐に稔りき

としている。この物語における祓物は白猪、白馬など呪術的のそれを一方では思わしめるが、他方では、その中には單なる呪術的の事物のみではなく、贖罪の要素が見出されることに注目すべきである。これと同例は、雄略紀十三年のくだりにみえる  
菰田根命に命じた物語にも見出されるのである。

## (二)

さて、古代原始社會における生産の單純性は、その社會の生存様式を必然的に單純ならしめる、そして、この様な社會においては、社會規範の規範的淵源は、神の權威にかかつていたのである（註一）。神の意思は、共同體の意思であり、共同體の意思は、神の意思として發現した。それゆえ、後世に犯罪として觀念せられるものであつても、それは神に對する、宗教規範に反したもののたる性格をもたしめられていたのである。かかる社會においては、必然的に神と人間とを交通する職域を發生せしめるが、その職域にある人は、多くの場合、共同體の長老であり、また指導者として族長であつたであろう（註二）。彼等は、神と交通するがゆえに、指導者、長老となり、神を代理し、現實の社會秩序を擔保するものとして存在したのである。邪馬臺國の女王は「鬼道に事え」るがゆえに女王であつたと思われることや。わが皇室の祖先が、崇神天皇の時にいたるまで神と同床していたという物語（註三）は、これらを雄辯に物語っている。

かくて、社會秩序の攪亂は、神の權威に對する侵害あるいは神に對する反逆として觀念されたのである。ツミは、かかるものとして、たとえそれが長老などの命に違背したときであつても、俗人としての長老や指導者への反逆では

なく、直接神に對して効果を及ぼすべき反逆、背信として觀念されたのである（註四）。

（註一） 原始社會においては、集團があつて個人はないといわれている。かかる社會においては、ある特定人が集團に超然として存在するということはいへない。さらに、原始人は、なんといつても強く自然にむすびつけられており、自然の奴隸といつてもあながち過言ではないのであつて、このような實狀にある人間が、自らの力で自然にうち勝ちうることは、まだ自覺されなかつたであらうし、むしろ、自然が人にうちかつといつたことを常に意識せざるをえなかつたであらう。また、恐怖とか驚愕の念が人々を支配しており、そこに超自然的權威を人々はみいだしたと推測される。

（註二） 記紀にあらわれている長老などは、多くかかる性格をもたしめられている、例えばハフリと稱している者などは明かにこの種の人等であつたと思われる。

（註三） 崇神紀六年「是より先、天照大神、倭大國魂の二神を並に天皇の大殿の内に祭ひまつる。然れども其の神の勢を畏れて、共に住みたまふに安からず。故れ天照大神を以ては、豐鍬入姫命に託けまつりて、倭笠織邑に祭りたまふ」

（註四） かかる所業に對するものは、神により行われる、怒の表現であり、その神の怒を寛げ、ある場合には、神の怒の表現を避けんとしたところにハラへがあつたのであり、本質的にいうと、ハラへは刑罰とは異るとしなくてはならない。しかし、かかるものから蟬脱しつつ次第に刑罰は形成されていつたのである。

上にのべたとき長老たちは、一般の人々と職域における差別はあつても、身分や階級についての差序はなかつたのであつた。しかし、縄文式土器の文化時代から彌生式土器の文化の時代に移ると、社會上多くのものに著しい變化が現われるにいたつた。その變化は、根本的には食料生産の様式の革命的變化に照應したものであり、金屬農具の使用などによる生産技術の飛躍的展開をテコとしての社會構造の變化であつたのである。

農業による生産が決定的に行われるにいたつたのは、彌生式土器の時代に入つてからのことであるとおもわれるが、人々が農業生産物に依存した生活をはじめると、それまで、人々が用いていた協業様式による生産の共同性は、

農耕に必要な生産要具の原始的能率の低さに對して、調和をかくにいたつたのである。ここに、原始共同體は、いまままでとつてきた生産の共同という様式をこわし、新しい時態に適應する生産様式をとらざるをえなくなつてきたのである。共同體内部における小集團單位——比較的血縁關係の近い——をもつてする生産單位への細分化によつて、これは行われるにいたつた。かかることは、原始共同體體勢を分裂させるべき潜在的要因となることは明白であるが、須玖遺跡にみるごとく——そこでは、一般のものとは區別さるべきヨオ棺が存在はするが、それらは依然として共同墓地内において發見される、すなわちまだ共同體の規制を完全に打破するまでにはいたつていない、しかし、後代の遺跡にみられるごとく、共同體を完全に分壞してしまふべき要因がそこに見出されることは、もちろん、否定することとはできない——徐々に共同體を蠶食していつたのである。

彌生式土器にみられる貯藏形態の獨立的存在は、この時代において、農耕經濟による生産物の貯藏がはじまつたことを意味する（註一）。收穫物が共同體の所有から、分割耕作による細分單位の所有にうつつてゆくと、貯藏收穫物は、富としての性格を一步強くふみ出してゆくのであつて、それは一方においては、立地條件と勞働力に比例して消長するし、他方においては、他の勞働力獲得の手段として、また原始的高利貸資本として作用することもあつたと思われる。この結果、社會構成の中心が従來のごとく單に神の權威にのみかかつていたことのほかに、富の壓力も共同體にのしかかつてくるようになった（註二）。かくて、そのかみの共同體の指導者や長老は、いまや、神の權威によるものや、神の權威と富の力をあわせて有するもの、あるいは富の力をもつものなど、過渡期的性格をもつものへとかわつていつた。そして、それらのなかから、次第に富の力をもつものへと明かに中心が移つていつたのである。例

えば、二世紀のはじめ、北九州の伊都などから一六〇人の生口を大陸に献上し、三世紀の北九州においては尊卑の差序があつたと中國の典籍にのべられているが、その頃の女王卑彌呼は、經濟的優位者、政治的權力者たるのみならず、宗教的權威者として女王であつたのであり、その最後の資格のウエイトは前二者のそれに對して、けつして輕かつたとは思えない。のみならず、その宗教的權威者であつたがゆえに北九州地方を統合しえたのであるといえる。かかるものは、原始共同體社會が分壞し、古代國家へと進展してゆく過程において當然出現すべくして出現した個性であつたといえるであらう。

しかし、邪馬臺國をしろしてから約一七〇年間、中國の典籍には、わが國についての空白が存在するが、その空白の後に、宋書において五世紀頃のわが國の事情をしろしてあるのをみると、空白期以前のそれと大分異つてゐることは周知のごとくである。宋書には、仁德、反正などの諸天皇にあてはめらるべき倭王讃、珍などの名がみえてゐるが、注目すべきは、君主としての彼等の性格である。雄略天皇に比せられる倭王武は、宋の順帝の昇明二年（四七八年）に使をつかわし表文をたてまつてゐるが、この表文は

昔祖彌射ら甲冑を環き、山川を跋涉して、寧處に違あらず、東、毛人を征すること五十五國、西、衆夷を服すること六十六國

としてゐるが、これを女王卑彌呼についての

其の國、本亦、男子を以つて王となす。住すること七八十年、倭國亂れ、相攻伐して年を歷たり、乃ち共に一女子を立てて王と爲す、名を卑彌呼と曰ふ、能く鬼道に事へ、衆人を惑す

といったものとくらべると、そこに質的な差異が認められなければならない。宋書倭國傳にみえる君主にいたる道程は、他民族を武力によつて征服吸収したそれであり、卑彌呼が他氏族を統合した力とは全然異つた質をもつていたのである。わが古典にみえる神武天皇、景行天皇、日本武尊、神功皇后の物語などは、わが古代人の記憶に残つていた以上のごとき性格をもつ武力行使の物語であらう。

かくて、古代原始共同體は、内部からくずされ、外に向つては、他の共同體への侵略という過程をたどつた、そして、そこにあらわれたものは、これら征服者が財力と権力とを驅使してき上げた古墳文化であつたのである。この古墳においては、五世紀も半をすぎると、横穴式のものから出る土器、裝飾品、馬具といった現實的なものが副葬品の主體となり、鏡とか劍といった前代の主體をなしていたものは、しだいに影をひそめてゆくのである、これは、社會の規制が宗教的權威より政治的權力に變化したことをあらわしているが、もちろん、この變化は、急激にはなく徐々に前代の遺制を排しつつ行われていつたと思われる。

(註一) かかるものは、土器よりはじまり、香川縣出土の有文袈裟襷文銅鐸にみられる高床家屋や、登呂の八本柱の高床家屋の穀倉にいたるまでにと展開されていつたと思われる。

(註二) 呪術者が自己の富の蓄積のために宗教的な力を利用したことも多くありえたであらう、この點については、藤間生大氏「日本民族の形成」一四九頁以下

原始社會における長老は、共同體的拘束をまぬがれることはできなかつた、この意味において、彼等は、本質的に公僕であつたのである。だが、かかる體制がくずれ、新たな社會に現われた君主は、尾をひいていた共同體的遺制によ

り影響はされていたであらうが、共同體的拘束を本質的にはうけず、自らの意思によつて行動しうるデスポットとしての性格をもつていたつたのである。それらに關する記紀の物語は、記紀的な粉飾にみちた、事實とは異つたものであつたかもしれないが、雄略、武烈といった諸天皇にみられるような暴虐性は、けつして無根のものであるとはなしがたいのである。かつて、神は、共同體における絶對的存在であつたのであるが、その神の代理者であつたものが次第に宗教的權威によつてではなく、政治的權力をもつて横すべりをしながら、絶對者として、神の地位と對比せられるような地位を占むるにいたつたのである。

かくて、前代には、ツミは神に對して、犯されるものであり、ハラへは、神に對してなされたものであつたのであるが、いまや、君主の意に反する行爲が犯罪として、さらに、かつて、神によつて、人々に科せられた、神の怒の表示が、刑罰として君主により人々に科せられるようになったのである（註一）。前代においては、共同體の意思に關連あるものとしての神の權威に由來し、その規制の下におかれていたツミやハラへは、いまや、共同體の分裂によつて生じ、共同體と對立すべき性格をもつ個人としての君主、そしてその君主をとりまく一群の支配者たちの意思によつて左右される可能性がうまれるにいたつたのである。すなわち、公的なもの——共同體全體の意思を豫定しうるがゆえに——から私的なものへの轉回が、ここにおいてなされるにいたつたのである（註二）。かくて犯罪は、一般の民衆の利益とは關係なく、時には君主の利益のみに關連をもつものとなり、その結果、刑罰の執行が、ある場合には、君主の意向にかかつて行われるという可能性が生れるにいたつたのである。だから、時には君主の歡心をかうことによつて罰を免がれんとすることも生じてきた。丁度これは、前代における祓物を捧呈して神の歡心をかい、それ

により神の怒の表示をまぬがれんとしたものと同じ性質をもつものであつて、そのツミをゆるす主體が神から君主に變つたことのみがちがつているといえる。古事記朝倉宮（雄略）のくだりに志幾の大縣主が、その家に堅魚をあげているのを天皇が難じた物語があるが、そこに

奴や、己が家を、天皇の御舎に似て造れりとのたまひて、即ち人を遣して、其の家を焼かしめたまふ時に、其の大縣主懼ち畏みて、稽み白さく、奴に有れば、奴ながら覺らずて、過ち作れり、甚と畏しとまをしき。故能美の御幣物を獻る。白き犬に布を繫けて鈴を著けて、己が族名は腰佩と謂ふ人に犬の繩を取らしめて獻上りき。故其の火著くることを止めたまひき

とあるが、ここにあらわれている能美の御幣物は、以前、神に捧獻された幣物を思わせるものがある（註三）。かかる神と君主の資格との粉淆は當然おこりうべきことであつたであらう。そして、そのち、かかることがさらにおし進められてくると、御幣物は次第に財産刑の客體としての性格をもたしめられてくるのである。しかし、この財産刑は、後世のそれとは異り、あくまでも君主の逆鱗を靜めるためのものであるところに特色があるのであつて、記紀をひもとくならば、この種の多くの例をみることができる。例えば、仁徳紀四〇年の嶋鳥皇女の珠を奪つた阿俄能故が私地を獻じて死罪を赦された物語、履中紀の倭直吾子籠が妹日之媛を獻つて罪を免れた物語、雄略紀一〇年の天皇に獻上さるべき鵝をかんだ犬の飼主水間の君が鴻一〇隻と養鳥人を獻じて罪をまぬがれた物語、繼體紀二二年の築紫君葛子が、父磐井の罪の及ぶことを怖れて糟屋屯倉が獻つて死罪を贖わんとした物語、安閑紀元年、國造稚子直の不敬罪を、伊甚の屯倉を獻つて罪を贖はんとした物語など多くのものをあげることができる。しかし、かかる物を獻ること

により、罪を赦されるかいなかは、君主が決定するのであるから、もとより、たとえ獻物をしたとしても赦されない場合がありうるのである。雄略紀の眉輪王の變において、圓大臣が韓媛と葛城の宅七區を獻じて罪が赦されんことを請うたが、天皇がこれを赦されなかつたという物語は、かかる赦罪の本質を物語つていよう。だから、このような赦罪のための獻物は、必ずしも財産や婦女の提供のみではなかつたのであり、例えば、雄略紀五年のくだりに、舍人が刑さるるに臨んでよんだ歌を皇后がきこしめして、天皇を諫めた物語や、同十三年の木工猪名部眞根が刑さるるにあつてよんだ歌をきかれて、天皇が悔惜し、その罪を赦されたという物語のごときも、もとよりありえたのである。

かくて、ここにあらわれたものは、罪を赦すかいなが、かかつて君主の一存にあつたということである。すなわち、絶對者としての君主は、民にのぞむにあつて法を制定する權力をもつていたのであり、さらに自己が制定した法がある對象に對して適用するかいなかの選擇權をもつていたのである。それは、あたかも前代において、神が共同體に對してもつていた力を思わしめるのであるが、原始共同體がくずれたのちにおける古代國家の君主たちのもつていた力には、このような性格を多分にみい出すことができると思うのである（註四）。

前述のごとく一般的に赦は、君主の心情のなかに生まれるものであつて、本質的に制定法的根據によるものではない、それは君主の仁惠を基にして行われるのであつて、權利義務關係のそれではない。だから赦は、律令時代において時として租税の減免や貧民老者の救済とともに行われたのである。この點において、他の刑罰の輕減や免除のごとく本來法的關係のものとして制定法體系のなかにくり入れられなかつたのである。情を基とするがゆえに、それは



墮落しやすかつたのであり、個人の胸に收められていたがゆえに、時によつては、これが亂發せられたのである。

大化改新は、皇室をふくむ有力な君主たちの妥協により成立し、古代國家を一步前進させたが、それらの有力な君主を頂點として出来上つた中央集權の連合國家は、やはり大化前代のからをすて去ることはできなかった、彼等の間には、基底にそのようなアンタントが存在していたのであるから、いかに大陸から先進文明として律令體系をうけ入れ、國家法律體制を整えたとしても、新しき酒をもるべき革袋は古きものでしかなかつたのであり、わが國律令制の運命は獨特の姿をしめさざるをえなかつたのである。そして、その律令制刑事法體系をこわしていつた主力として赦は活動したのであつた。

(註一) 雄略紀十三年春三月のくたりに「狹穗彦の玄孫齒田根命、弔に采女山邊小島子を奸せり。天皇聞しめして、齒田根命を以て物部目大連に收付けて責讓めしめたまふ。齒田根命、馬八匹、大刀八口を以て罪過を祓除ひ、既にして歌ひて曰く、山邊の小島子故に、人街ふ、馬八匹は、惜けくも無し。目大連聞きて奏す。天皇齒田根命をして資財を餌香市邊の橋本の土に露に置かしめて、遂に餌香長野邑を以て物部目大連に賜ふ」という物語がしるされている。采女を姦すといった神に對するツミについて、まず、天皇が赦を命じているが、この天皇には、前代の遺制が強く感ぜられる。しかし、この同じ天皇が、天皇の命に不慎な態度をとつた齒田根命に、後の場合には、一種の財産沒收を科しているが、この場合には、やはり政治的權力を、そこにみないわけにはゆかない。

(註二) もとより、私は、公的なものがすてなくなつてしまつたなどというのではない。社會の保安のためにも公的な——殺人の罪とか強盜の罪とか君主の利益とは關係なく成立する、全社會の利益に關係ある——刑法は存在していたことは否定しない。しかし、かかる刑法は、いつの時代においても、何處でも存在していたのであつて、刑事法の、その社會における特性をみてゆく場合においては、これを捨象してゆくべきであると思つてゐる。また、さらに、もとより私のいう私的な刑法が公のものとして行われたことももとよりであるが、ただ、前代の刑事規範は、前述のごとく公的なものであつたのであるが、そ

わが古代における「赦」についての一考察

の公的な刑事規範のなかに私的なものが次第に大きな位置を占めてき、最後には、共同体體制の崩壊過程に照應しながら、公的な刑事規範と私的なそれとの間の轉倒が行われたと、わたくしは、みているのである。

(註三) この獻上物にしろされた、白き布をかかげた犬は、白猪、白馬、白鷄とか白ニギテとかいつたものと共通の分母をもっている、すなわち、動物としての犬そのものではなく、神に供えるべき呪術的效果をもった捧獻物(幣物)といえると思うのである。

(註四) この關係を、さらにつきつめてゆくならば、わたくしたちは、奴隸と主人の關係においてもつている主人の權力にいたらなければならぬであろう。すなわち、後に律令體系のなかにおいても家司や寺院の三綱は、ある程度の裁判權をもつていたが、これらのものと公の裁判權とは、本質的にいつて、さしたる異をみることでできなかつたといえなければならぬまい。すなわち、相異點は、その主體の相異ということになるのみであると思われる。

## 第二章 わが上代における「赦」の展開

### (一)

延暦年間よりはじまつた勘解由使、藏人所、檢非違使など、いわゆる令外官の設立が律令制度を大きく變化させ、新しい體制を確立させたことは、いまさら、ここでのべる必要はないであろう。しかし、これらと時を同じくして刑事實體法の部門にも重大な變化があらわれるにいたつた。八一八年(嵯峨天皇弘仁九年)の宣旨は、盜犯者は、その輕重を論ぜず一切死刑に處することなく役所に配すとしたが、この宣旨に見える

犯盜之人、不論輕重、皆配役所、使等偏執此旨、未定年限、罪無輕重、命終役所

という法文は、この時代における最も重要な法文の一つであるといわなければならぬまい。すなわち、この宣旨を橋頭

堡にして、その後に續く檢非違使廳における刑政は、寛刑へとその傾斜の度をましてゆくのである。さらにこの宣旨と同じ精神基盤に立つて行われたものとしては、この時代から始つた死刑の事實上の廢止があげられる。かくて制定刑法としての律は、これらによつてもしられるごとく、死法化してしまつた部分がでてきたのである。だが、かくのごとき律の死法化は、なにも、この時になつて、はじめておこつたのではない、それは、死法化されるべくして死法化されたのであつて、そこに至る道程は、すでに、この時代以前に始つていたのである。ここでは、この律を中心とする上代刑法の轉換がどのようにしてなされたかを「赦」を中心にしてみてゆきたいと思う（註）。

（註）ここでは、一應、前掲の宣旨がなされた八一八年までの狀態に區切ることにした、なんとすれば、この年以後の刑事法體系は、從來のそれとは質的な變化がなされているとみただからである。

さて、わが典籍のなかから、大化改新以後における赦についての記事をひろつてゆくと、天武天皇の治世にいたるまでの間には、あまり赦についての記載をひろうことはできない。ただ六四六年（大化二年）に

始めて新宮に處て、將に諸神に幣たてまつらむとすること、今歲に屬れり。又農月に民を使ふ合らざれども、新宮を造るに緣りて、固に已むことを獲ず、深く二途に感けて天下に大赦す。（日本書記）

としたのをはじめとして、六五〇年（白雉元年）には白き雉をえた祥瑞を慶んで天下に大赦し「白雉」と改元したことがみえ、また、六七一年（天智天皇一〇年）正月に冠位法を施行するに際して、天下に大赦したのでみるにすぎない。しかし、これに反して、天武朝に入るや、いままではうつて變つて赦について多くの事例がみられ、とくに六七七年（天武天皇五年）以降光仁天皇の七八一年（天應元年）頃までの約一世紀間というものは、わが史書の上に赦

の記事がみられない年は極めて少く、とくに、一年の間に赦の行われたことが數回におよんだ例すら二三見うけられるくらいである。すなわち、わが上代における赦の展開は、主として天武朝以降のことに屬すると斷定してもよいと思われる。しかれば、かかる上代における赦刑の展開はいかなることにより結果されたのであろうか、もとより、後年の例よりするならば、當然赦刑の詔勅が出されてしかるべき事由が天武朝以前に存在しなかつたわけではない。例えば、六五四年（白雉五年）十月の孝德天皇の崩御、翌年正月の齊明天皇の重祚、六五六年（齊明天皇二年）の飛鳥岡本宮の造營、六五八年（同上四年）の紀溫泉への行幸、六六一年（同上七年）の天皇の崩御、六六四年（天智天皇三年）の冠位二六階の制定、六六七年（同上六年）の滋賀大津宮への遷宮、六六八年（同上七年）の倭姫女王の立皇后および大海人皇子の立太子と主だつたものをあげてもかくの如くである。しかし、これらについてはなんら赦刑がなされたという記録はみいだせないのである。

まず考えられることは、この時代を記録している正史としての日本書紀の纂集は、天武天皇の窺慮によつたものであるとの説によれば、天智朝に對する天武朝の感情が作用したことも考えられないこともないが、この説は根據が淺いと考えられるし、そのほかに、もつと大きな要因を發見しうるのではないかと思われる。

わが政治上、いわゆる壬申の亂のもつ意味は極めて大きい。これを單に皇位の爭奪のためのものとみるか。あるいは、下層勢力の舊門閥に對する攻勢とみて、ここに社會的意味合をもたらすかは歴史上重要な問題ではあるが、いまここでこれを論ずるのは適當ではないから、以下には赦を中心にしてこの亂をみてゆきたいと思う（註一）（註二）。前述のごとく、古代史上、赦が頻繁になされるにいたつたのは、天武朝以來のことである、だから、壬申の亂は、

赦がなされる基盤に對して決定的變化を與えたものであるということができよう。もとより赦は前章でみたごとく、專制君主になじむものであるし、また他方、その源流は、わが上代社會にまで遡ることができ、大化以後において中國思想の導入により影響をうけ、中國的な粉飾をうけたことも否定することはできない。すなわち、この二つのものが天武朝以後の赦刑に強力に作用したがゆえ、前にみたごとき結果がうち出されたのであるとわたくしはみている。すでに周知のごとく「天皇」が萬葉集所載の歌において、壬申の亂を契機として特別の地位をもつにいたっているが、「天皇」にこのような地位を與えたところに壬申の亂の性格がうかがわれる。すなわち、壬申の亂を轉機として律令政治體制は新しい展開期に入つたのである。大化改新は、舊勢力間の妥協により行われ、實質的には豪族の地位は、改新によつてきしたる影響を被つたわけではなかつたし、これら豪族間の力のバランスの上に律令政治體制が存在しえたのである。しかし、壬申の亂以降の政界においては、皇室が他の豪族に對して、ある程度、力の上において優越した地位をもつにいたつたのであつて、例えば、この時代においては、皇室の親政といつたこともみられたであろうし、刑部親王、穗積親王あるいは舍人親王といつた有能な人が親政の危機に相うけて知太政官事となつて、他の豪族を太政大臣の地位につかせることなく、皇室が政局の中心軸になつていたことによつてもしれよう。これは天智天皇を頂點とする政體が天武天皇以降のそれと異なるからである。すなわち、中大兄王を中心とする皇室の政局における地位は、後のそれのごとく安固なものではなかつたのである。例えば、六五八年（齊明天皇四年）十一月壬午の蘇我赤兄臣の語つたとせられている三つの失政、あるいは六四七年（孝德天皇三年）十二月晦の皇太子宮の災、石川曆の自經、孝德天皇と中大兄王の不和、有馬王の變、とくに百濟再興のための出師が白村江において全軍壊

滅の悲報に接するに及んでは、中大兄王と藤原鎌足とでつくり上げた體制は、ゆらがざるをえなかつたであろう（註三）。一應は、中大兄王、鎌足らによつて、これらの危機はのりこえてきたが、大化改新の餘震、海外出兵の敗退そして天智天皇晩年の皇室内部の動搖といった一連の事件は、この時代の政局の安定をはばむ大きな理由になつていたことは争えないと思う。

かかる事情をみてゆくと、まず、この時期に天皇の權力が他のものにくらべきわだつて優越し安定していたとは考えられない、それゆえ、一方においては、實質的に唐にならつた中央集權的政治體制をつくりあげることが困難であつたろうし、中國の文物を果敢にとり入れることもできなかったのである。前にみた例外的事例をのぞいては、赦における中國的粉飾をみいだすことができないのはこの故である。そして他方においては、天皇の優越した權力にもとづいてなされるべき赦の基盤が未成熟であり、これらが競合して、この時代の赦の發達の消極的理由を形成していたとみることができる（註四）。

（註一） 家永三郎氏「飛鳥時代史」、北山茂夫氏「壬申の亂」（立命館創立五十周年記念論文集法學篇）、同氏「壬申の亂前後」（日本史研究一六）参照。

（註二） なお、この問題については、前掲（註一）のほかに川崎庸之氏「天武天皇」井上光貞氏「大化改新論」（新日本史講座）などがある。

（註三） この點より考えると天智天皇が部曲を一部復活して族長層にあたえたことは見逃せない。

（註四） もとより、壬申の亂以前においても赦に對する中國思潮の影響が及んでいなかったわけではない。例えば、前掲白雉元年における赦などは、その適例であるが、天武朝以後にみられるような旺盛なるさまはみられない。これは、中國のものを吸收する基盤の未凝固の結果であると思われる。

## (二)

以上みたごとくであるとするならば、わが上世における赦刑の展開は、天武朝以降のことに属するのであるから、以下においては、壬申の亂以降における赦刑實行の跡を追ひながら、その變貌をながめてみることにする。壬申の亂を大化以降の赦刑についての第一のエポックとするならば、第二のエポックは、七二九年（聖武天皇の神龜六年）二月の長屋王の變にもとめることができるであらう。すなわち、この變を境にして、その以前と以後においては、大きな變化が赦刑の上にあらわれている。後にみるごとく、この變以後、一方においては、皇室の内部に急激に佛教勢力が擡頭し、その影響が強く赦刑に現れてきている。また他方においては、皇室と他の貴族が婚姻關係を結ぶことによつて、皇室の親政という體制がくずされ、貴族間の平衡關係が破れることによつて政治權力が一方に偏し、ために專制化は一層はげしくなつたことも見逃せない。

壬申の亂によつて天武天皇の一族は、豪族の間において一應優越した地位を確立したがその優越性は、けつして他の豪族を無視し、あるいは現實にこれを足下に跪かせるほど完全なものであつたとは思われない。豪族の實質的地位には手を染めることなく、それを官僚的階層秩序に導入することによつて一種の妥協的態勢をつくりあげたのである。極言するならば、天皇自體ですら、この官僚的階層秩序の一定の——最高の——地位を占めているに過ぎなかつたといえよう。かかる現象は、この時代における先進國家である中國にみられた中央集權的官僚國家の體制を、わが國に輸入したとき、これとわが國の豪族の間に存在していた特殊な社會情勢が混合されてつくり上げられたものである。

る。すなわち、天皇の優位性といったものは、かかる貴族間のバランスの上におけるそれであつたのである。天武朝の性格は、以上のものであつたけれども、同期においては、大化改新以來の動搖はともかく安定することができたのである（註一）。

このように安定した基盤の上に大陸文化の吸収が以前にもまして行われるようになったのであり、律令の選定、王都の建設などにこれはみられるが、赦もその例外ではなかつたのである。中國における大赦の始りは秦の時代であるといわれている。しかし、これが發展的にとり入れられたのは漢に入つてからのことで、漢においては、三年を過ぐるも恩赦のなかつた年はないとすらいわれているのである（註二）。また、のちにわが國においてもみられるごとき赦詔の型式、すなわち、

何年何月何日昧爽以前大辟罪以下已發覺未發覺及繫囚見徒悉皆原免……

といつたものは、すでに魏の時代にはみえている（註三）。唐代においては、高祖、太宗の朝において多くの大赦をふくめて赦詔をみることができ、高宗・中宗の朝においては、その例が極めて稀少であり二三の赦詔例しかみることとはできなかつたが、玄宗より徳宗の間においては多くの例をまたみるようになって（註四）。ここに注意すべきは、のちにみるごとく中國の赦の思潮に強く影響を受けているとみらるべき天武朝から文武朝に至る間が、丁度彼地においては、高宗・中宗の朝であるということである。さらに玄宗朝以降に照應する時代においては、すでにわが朝の赦は、後にみるごとく中國的なものよりも政局の中枢を把握した佛教の影響を強くうけた時代であり、形式その他は別として、一から十まで唐の影響をうけて日本の赦が行われたとみてはならないと思うのである。しかし、なん



といつても、わが國の赦は、多く彼地のそれに影響をうけていることは否定できない、前章でみたわが國上代における赦と大化以後の赦とは、その赦刑の原因、型式ともに總ゆる點に相違がみられることは詳説するまでもないところである。

唐以前の赦をふくめて、中國における赦は、郊祀、藉田、即位、立皇后、立太子、遷都、巡幸、叛徒平定、改元、天變地異、祥瑞などにより行われ、その多くのものが、わが國の赦刑の原因となつてゐることは争えない事實である。すなわち、即位、立皇后、立太子による赦は、六九〇年（持統天皇四年）、七一五年（元正天皇の靈龜元年）、七二四年（神龜元年）、七三八年（天平十年）などにみえており、また、改元についても天平のみならず養老神龜のそれなどにこれを見ることが出来る。巡幸、天變地異の例も例外ではない。わたくしは、その一つとして祥瑞赦刑をとり上げて、そのわが朝における存在態様をみてゆきたいと思うのである。それは祥瑞が、その他のものにくらべ、なんといつても最も中國的色彩が強いものであり、直接政治に關連をもつものであるからである。それによつて、中國の赦刑のわが朝に及した影響をしりたいと思うのである。

（註一） わたくしは、かかる意味において、大化改新の完成は、やはり天武朝においてなされたと思つてゐる。

（註二） 陳顧遠「中國法制史」三二〇頁參照

（註三） 例えば、後魏孝靜帝の立太子大赦詔には「可大赦天下自武帝七年八月十日昧爽已前謀反大逆已發覺未發覺赤手殺人繫囚見徒元身悉原除之……」とあり、また隨においては、例えば文帝の開皇一九年四月七日の「……七日昧爽已前大辟罪已下已發口未發口繫囚見徒悉從原放」といつた形式がみられるようになってゐる。

（註四） 唐大詔令集による。

祥瑞については、すでに唐令に規定がある。すなわち、その儀制令には、

諸景星、慶雲、黃星真人、河精、麟、鳳、鸞、比翼鳥、同心鳥、永樂鳥、富貴、吉利、神龜、龍、鸛、鴈、白澤、神馬、龍馬、澤馬、白馬赤髦、白馬朱驤之類、周匝、角端、獬豸、比肩獸、六足獸、玃白、騰黃、駒騊、白象、一角獸、天鹿、鼈封、鰐耳、豹犬、露犬、玄珪、明珠、玉英、山稱萬歲、慶山、山車、象車、鳥車、根車、金車、朱草、屈軼、蓂莢、平露、蓬蒿、蒿柱、金牛、玉馬、玉猛獸、王瓮、神鼎、銀瓮、丹甌、醴泉、浪井、河水清、江河水五色、海水不揚波之類、皆爲大瑞、三角獸、白狼、赤罷、赤熊、赤狻、赤兔、九尾狐、白狐、玄狐、白鹿、白驪、白兕、玄鶴、赤鳥、青鳥、三足鳥、赤鸞、赤雀、比目魚、甘露、廟生祥木、福草、禮草、萍實、大貝、白玉赤文、紫玉、玉羊、玉龜、玉牟、玉英、玉璜、黃銀、金藤、珊瑚鉤、駭鷄犀及載通、璧玉瑠璃、雞趣璧之類、皆爲上瑞、白鳩、白鳥、蒼鳥、白澤、白雉、雉白首、翠鳥、黃鵠、小鳥生大鳥、朱鴈、五色鴈、白雀、赤狐、黃鼯、青燕、玄貉、赤豹、白兔、九真奇獸、流黃、出谷、澤谷生白玉、琅玕景、碧石潤色、地出珠、陵出黑丹、威委、威綏、延喜、福井、紫脫常生、賓連濶達、善茅、草木長生之類、爲中瑞、秬稌、嘉禾、芝草、華草、人參生、竹實滿、椒桂合生、木連理、嘉木、戴角鼈鹿、駮鹿、神雀、黑雉之類、爲下瑞、

とあり、さらに

諸祥瑞應見、若麟鳳龜龍之類、依圖書合大瑞者、隨即表奏、其表惟言瑞物色目及出處、不得苟陳虛飾、告廟頒下後、百官表賀、其諸瑞並申所司、元日以聞、其鳥獸之類、有生獲者、放之山野、余送太常、若不可獲、及木連理之類、不可送者、所在官司、案驗非虛、具圖書上、

とあつて、その取扱まで規定している。このような唐令の規定をうけて、延喜式卷二十一治部省のくだりに祥瑞として前者とほぼ同様な規定がおかれているし、さらに、後者については、養老儀制令の祥瑞條に、これまたほぼ同様な規定がおかれている。

これら祥瑞が現われると赦することは、すでに隨文帝の朝などにおいてみられるが、わが朝においても、一時廣く行われたことがある。もとより祥瑞が現われたとき、必ず赦が行われたとは限らない、赦例のない祥瑞も史上において多く發見しうるのであるが、赦例のある祥瑞には、やはり赦例のないものにくらべなんらかの特別の意味が見出せると思うのである。祥瑞赦刑の性質を比較的良好よく表しているものとしては六五〇年（白雉元年）の赦がある。これは、この年の二月、穴戸の國司草壁連醜經が白き雉を獻つたのであるが、この休祥に對して朝廷では、百官が儀裝してこの白雉を宮中にむかえ、皇太子は巨勢大臣をして賀をたてまつらしめた、これに對して、

聖王世に出でて天下を治す時、天則ち應えて其祥瑞を示す。曩者、西土の君、周の成王の世と、漢の明帝の時と白雉爰に見ゆ。我日本國の譽田天皇の世に、白鳥宮に操く。大鷦鷯帝の時に、龍馬西に見ゆ。是を以て古より今に迄、祥瑞時に見れて、以て有德に應ふること、其類多し。所謂鳳凰、麒麟、白雉、白鳥、斯の如き鳥獸、草木に及び、符應有るは、皆是れ天地に生れる休祥嘉瑞なり。夫れ明聖の君、斯の祥瑞を獲たまふことは、適に其れ宜なり。朕は惟れ虚薄、何を以て斯れを享けむ。蓋し此れ專に扶翼の公卿臣連、伴造、國造等、各丹誠を盡して制度に奉遵ふに由りて致す所なり。是の故に公卿に始めて、百官等に及ぶまで、清白き意を以て、神祇を敬い奉りて、並びに休祥を受けて天下を榮えしめむ

と詔られ、天下に大赦し穴戸の境に鷹を放つことを禁め、公卿大夫以下令吏にいたるまでに物も賜っている。朝廷がこの祥瑞を採上げたのは、大化建元後の一種の餘震ともみられる動搖——六四九年（大化五年）の蘇我倉山田石川麿の自劉といった事件にあらわされているような——を拂いのけようとしたものであろうが、その主たる原因は、やはり大化改新が天により嘉納せられたのを喜こんだところにあると推測される。

壬申の亂以降においては、かかる華かな例はあまりみられないが、壬申の亂が天により嘉納せられたことの證左として祥瑞がことさら重視されていることを見逃せない。すなわち、六七三年（天武天皇元年）には、

三月丙戌朔壬寅、備後の國司、白き雉を龜石郡に獲て貢る。乃ち當郡の課役悉に免し、仍りて天下に大赦すとあるのをはじめとして、六七七年（天武天皇五年）十一月一日には、

築紫大宰赤鳥を獻る。則ち大宰府の諸司の人に祿を賜うこと各差有り、且つ専ら赤鳥を捕れる者に爵五級を賜う。乃ち當郡の郡司等に爵位を加増し、因りて郡内の百姓に給復したまうこと以一年之。是の日天の下に大赦すとし、また、その翌年の六七八年（天武天皇六年）九月には、莖毎に枝のある瑞稻五莖を獻つたものがあつたので、これにより徒罪以下ことごとく赦し、また、翌年の六七九年（天武天皇七年）十二月二日には、紀伊國が珍しき芝草を、そして因播國が瑞稻を貢つたことに對して、親王、諸王をはじめ百官人に祿をたまうたと同時に大辟罪以下の罪を赦している。しかし、さらにしばらくおいた六八四年（天武天皇十二年）の春六月十八日には、筑紫大宰が三足の雀を貢つたことを嘉して、

明神御大八州日本根子天皇の勅命者にませ、諸國司、國造、郡司及び百姓等、諸可聽矣、朕れ初めて鴻祚登し、

より以來、天瑞一つ二つに非して、多に至れり。傳に聞く、それ天瑞は、政を行う理、天道に協ふときは、則ち應ふ。是れ今、朕が世に當りて、年毎に重ねて至れり。一たびは則ち以て懼り、一たびは則ち以て喜ぶ、

と詔せられ大辟罪以下皆赦されるところである。以上のごとく天武天皇は、祥瑞を重視せられ大赦をもふくめた赦をこれによつてなされている。これはこれらの祥瑞を壬申の亂といった政變や、あるいは、亂以後における天皇の施策——例えば、六七五年（天武天皇三年）二月十五日の詔にある「甲子の年、諸氏に給う部曲は、今より以後除めよ。又親王、諸の王及び諸の臣、并せて諸の寺等に賜へる山澤嶋浦、林野陂池は、前も後も並び除めよ」といったものは、假令、帳内や資人的なものの代償があつたとしても社會に多くの波紋をなげかけたであらう（註）——を嘉納した天の應答として、天皇が赦の原因として採上げられたのであらう。

（註） 天皇は、龍田山、大坂山に關を設け、難波に羅城を築くなど、兵力の保持につとめられているが、一方においては、かかるものを必要とする社會狀況を注意しなければならない。

以上みたごとく休祥赦刑が踵を接するごとなされたのは、かくなされるだけの政治的理由が特別に存在していたからである。それは祥瑞というものが直接に政治に關連せしめられていたからであり、ある種の祥瑞には、それを要求する特別の政治的理由が基底に横たわつていたからである。そして、初期においては、祥瑞の出現は、即位、立皇后など、皇室における慶事と同じ位置を占めており、原則として祥瑞の出現は、赦刑の發現を豫定していたのである（註一）。このようにみるならば、天武朝以後において祥瑞赦刑がなされる場合——とくにそれが踵を接するごとなされたとき——には、そこになんらかの政治的理由が見出されなければならないと思うのである。

かくてつぎに注目しなければならないのは文武朝である。すなわち、六九九年（文武天皇三年）三月九日に、河内國が白鳩を獻じたことを慶んで畿内の徒罪以下を赦しているのを始として、七〇二年（大寶二年）四月八日には、大瑞とせられてゐる神馬を飛驒の國が獻じたので、盜犯をのぞき天下に大赦している。さらに七〇四年（大寶四年）五月十日には備前の國が神馬を獻じ、さらに西樓上に慶雲がみえたとして天下に大赦し、また慶雲と改元している（註二）。さて、天武天皇がなきあととは、その皇后であつた持統天皇が皇太子草壁親王の遺児をいだいて、自ら皇位に即いておられたが（註三）、草壁親王の二子輕太子が長ずるにおよび、これに位をゆずり、自らは新天皇文武の後だてとして隠然たる勢力をもつ存在となつていたのであつた。しかし、文武天皇は、懷風藻などによれば、崩御の年齢は二五歳であつたらしく、この年齢よりするならば、天皇は健康な肉體にめぐまれていたと推測することはできない。續日本紀は、

天皇は天縱寬仁にして、愠を色に形さず、博く經史に涉り、尤も射藝を善す

としているが、壬申の亂をのり切つてきた持統上皇をはじめ朝廷の人々にとつては、たくましき力をこの天皇には見出すことができなかったのではないだろうか、そして、かかる天皇の資質は、ある程度の不安感を朝廷の人々に與えたものではあるまいか（註四）。このような文武天皇の資質と、政治上の不安感といったものが基礎になつて持統上皇などにより文武朝において祥瑞赦刑が頻發されていたとみることができると思ふのである。

（註一）もとより祥瑞の出現は、必ずしも赦刑をとまなうものではない。これは、のちの時代になると、前には赦がなされたような祥瑞が表れても、全然赦刑に關係がないとせられてゐることによつてもしれる。しかし、祥瑞に赦刑が附せられていたといふことは、その時代における中國の文物の受取り方や、そのわが國における地位、そして、政治體制というものを重視しなけ

ればならないのである。

(註二) 七〇〇年(文武天皇四年)八月二日に、十惡盜人を除いて天下に赦すとしているが、この赦の理由はのべられていない。しかし、八月十日には長門の國が白龜を獻つたとしてあるから、あるいは、これに關係のある祥瑞赦刑ではないかと思われる。

(註三) 持統上皇は、持統紀に「始より今にいたるまで、天皇を佐けて天の下を定めたまふ。つねに侍執たまふ際に於いて、輒ち言政事に及びて叱け補ふ所多し」とせられてゐるが、文武天皇にふさわしい資性をもつた皇后であつたとみえる。藤原宮の造宮とか、大寶律令の制定など、この上皇の政治力量を疑うことはできない。そして、他方、伊勢への巡幸の場合にもみられるごとく思つたことは斷乎としてやりとげるといつた強さが問題にはなりながらも一應この時代の皇室を安泰にしたゆえんであらう。

(註四) 力の強い持統上皇の死は、文武天皇をふくめて朝廷における大きなショックになつたことは疑えない事實である。その主柱を失つた朝廷は、文武天皇には自らの手で國政を斷行するといつたことを期待しえなかつたので、忍壁親王や穗積親王などを知太政官事といつた新たな支柱的官職に任ぜざるをえなかつたのであり、これによつて天武——持統朝の態勢を確保せんとしたと思われる。

七二二年(元明天皇和銅五年)九月三日に次のごとき詔がなされた。すなわち、

朕聞く、舊者相傳ていう、子の年は穀實宜からずと、しかるに天地祐を垂れ、今茲大に稔る、古の賢王が言へるに、祥瑞の美も、以て豐年に加うるることなしと、況や復た伊賀國司阿直敬等が獻る所の黑狐は、即ち上瑞に合えり、其文に云う、王者の治太平を致すときは則ち見ると、衆庶と此歡慶を共にせんとする、宜く天下に大赦すべし、其の強盜二盜の常赦に免れざる所の者、並に赦す限に在らず、但し、私に錢を鑄る者、罪一等を降す、

この詔をはじめとして、翌年七一三年(和銅六年)十二月十六日には、近江國において慶雲がみえ、また丹波國が白

雉を獻つたことに對して、その地方のみを限る曲赦が、そして七一五年（和銅八年）一月十六日には、皇太子の拜朝のとき瑞雲が顯れたとして、常赦が、また、さらにこの年の九月二日には、瑞龜をえたことにより靈龜と改元し謀殺既遂、私鑄錢、強盜二盜ならびに常赦にも原さずとしたものを除き赦除せられた。また、七一七年（靈龜三年）十一月一七日には、美濃國の多度山に行幸され、その美泉を大瑞に合うとし養老と改元され大赦が行われている。以上七一年から七一七年にかけて、またもや連續して祥瑞赦刑がなされている。

この時代は、丁度、天武天皇が崩御になつたのちの事情にたところがある。天武天皇が崩御せられたとき皇太子草壁親王がおられたが、この親王は、天武崩御後三年にして、これまた天皇のあとを追れるといつた状態で、主として女丈夫であつた天武の皇后持統が政局の任にあたつていたのである。そして、このたびは、文武天皇が崩御になると、幼少の皇位繼承者の首親王しか残らず、この繼承者が成人するまで、假に元明、元正の兩女帝が變則的に即位せられたのである。しかし、現實の政治は、これらの女帝の手をわずらわすことができなかったで、文武朝においてつくられた知太政官事が皇室親政のたてまえより國政上依然として國政の中樞たる地位を保有していたのである。すなわち、元明天皇が皇位につかれても、文武朝以來、穗積親王は、かわることなく知太政官事の職を行われていたし、穗積親王が亡なられるや元明天皇は、位を元正天皇に譲り、自らは元正天皇のうしろだてとなつておられたが、藤原不比等の死去なども原因して元明上皇崩御の前年、穗積親王が亡なられて以來空位になつていた知太政官事に舍人親王をつけており（註一）、政局の中心において、かかる機關が必要とされた政治的理由を見逃すことはできない。

他方、律令の土地制度の中核をなしている口分田制が、ようやくその矛盾を露呈しはじめ、農民に對する苛酷な課



役が、ついに律令體制をうちこわす要因として強く作用しはじめて來たのである。すなわち、七〇九年（和銅二年）十月十四日の

禁制すらく、畿内及近江國の百姓、法律を畏れず、浮浪および逃亡の仕丁等を容隠して、私に以て駆使す、是に由て多く彼に在て、本郷本主に還らず、獨り百姓のみ法令に違慢するにあらず、またこれ國司懲肅を加えざればなり、公私を害蠹することこの弊に過ることなし、自今以後、更に然ることを得ず

といったものや、七一年（和銅四年）十二月六日の

親王已下、及豪強之家、多山野を占めて、百姓の業を妨ぐ、今より以來、嚴かに禁斷を加えよ、但空閑地を墾開くべき者あらば、よろしく國司を経て然る後官の處分を聽くべし

といった詔、あるいは七二年（和銅五年）正月の諸國の役民が食糧が絶乏して道路にたおれ堀溝に死ぬといった詔は、みなそれらの狀況を物語るものであり、律令體制に對する不氣味な動搖をおおうことができなくなつてきたのである。しかし、かかる世情不安のなかに平城京の造都がころみられ、七一〇年（和銅三年）には、奠都が強行されたのである（註二）。もとより造都そして奠都ということは、それだけ勞働力と經濟力の消費を意味するのであり、その負擔は、究極には農民層に歸せられるのであつて、そのこと自體が、社會的不安を助長し、動搖をさらにはげしくする大きな條件として作用したことは論ずるまでもない。ここに壬申の亂以降の政治社會において、最も大きな不安が露呈してきたといえるのである（註三）。

この様な政治的に不安定な状態にあるがゆえに祥瑞が大いにとりあげられ、それが赦刑を發するほどにまで重視せ

られたのである。しかし、この時期の祥瑞赦刑には、極めて微妙ではあるが従来のそれとは異つた點がでてきている。まず、従来の例によると、祥瑞そのものを慶賀することが主題となつて赦刑がなされていたのであるが、この時期の場合は、祥瑞そのもののみではなく、それが附加的存在たる位置を占めてきたということである。そしてさらに、祥瑞による赦刑の範圍が以前とは異つて來たということである。すなわち、前出七十二年（和銅五年）のそれは子年は穀物は實らないと傳えられているにもかかわらず、大いに稔つたとあり、また七十五年（和銅八年）正月のそれは、皇太子が初めて朝を拜したことが主たる理由であつたらう、また、同年九月のそれは、元正天皇の受禪が、これまた主たる理由をなしていたと考えられ、七一七年（養老元年）のそれは、巡幸が要因になつていたと考えられるのである。かくのごとく、この時期においては、赦刑の要因としての祥瑞が、前代のごとく重視されなくなつてきたことに注意しなければならない。さらに、七一三年（和銅六年）十二月十六日の赦をみるならば、前述のごとく、近江國と丹波國との曲赦に止つてゐる。これを同じ白き雉の祥瑞による前出六五〇年（白雉元年）の大赦、そして慶雲の祥瑞による七〇四年（慶雲元年）の大赦にくらべるならば、その消長をみることもできると思ふのである。すなわち、ここにあらわれたところをみると、赦の要因としての祥瑞に限界がきたということである。それゆえ、しばらくすると、次第に祥瑞があつても赦刑がなされないという多くの例をみるようになるのである。もとより祥瑞そのものを慶ぶことは、後世においてもみることができ（註四）、しかし、この變化は、政治思想的には、このような祥瑞を重視する時代が、次の時代にバトンを渡す態勢になつたことを示すのであり、そして、それが一方においては、基盤的には律令、土地制度がようやくくずれをみせ、それがはつきりと人々の眼にうつつたのと期を同じくしたことは興

味ある問題である。

(註一) これは不比等の死去によるものであろうが、この時には新田部皇子が知五衛及授刀舍人にさえなつてゐる。

(註二) 七一年(和銅四年)九月四日の「このごろ、諸國の役民、造都に勞して、奔亡なを多く、禁ずと雖も止まず、今宮垣成らずして、防守備らず、權りに軍營を立てて兵庫を禁守すべし」という勅が、この造都の實狀と役民の狀態を雄辯に物語つてゐる。

(註三) 七二〇年(養老四年)における隼人や蝦夷の叛亂は、その具體的表現の一つであらう。

(註四) 後にふれるごとく、聖武、孝謙朝には、禁裏に瑞字が自生したといった形式の瑞祥についての記事が史書にみえてゐる。

しかし、この時の問題には、藤原仲曆という人的要素があるがゆえに、このようなことになつたのであると、わたくしはみている。

### (三)

七世紀後半から八世紀にかけて、わが國において行われた敕の原因關係をみると、二度の變革期があつたということは、先にのべたごとくである。そして、その第一のものとしての壬申の亂以降には、すでにのべたごとく、いわば敕に對して中國の思想の影響が強くみられたのである。しかし、第一のそれが中國古來の思想のそれとするならば、長屋王の變より始まる第二のそれは、佛教思想の影響を受けたとみてよいと思う。もとより前にもふれたごとく、長屋王の變以後であつても、祥瑞思想が全然影をひそめてしまつたわけではないが、兩者のバランスは明かに佛教思想を中心とするものに傾いてゐることは否めない。

さて、長屋王の變は、政治體制上も重要な事件であつたのである。この變によつて、藤原氏は、政局の中樞として

の姿を明確にあらわしてきたのである。實に、長屋王の變は、のびんとする藤原氏のために必然的におこつた政變であるといえる。天武天皇の孫にして、高市親王の子であり、草壁皇子の皇女を妃とし、左大臣の要職を占めており、皇室の傳統と權威の上に立つていた長屋王が「私に左道を學び、國家を傾けんとす」といつた理由で罪に問われたことは、單にそれだけのものとして、また長屋王個人の問題として考えるには、あまりに重大なものをふくんでいるのである。鎌足、不比等、武智麿と三代の非凡なる人々によつてきずき上げられた藤原氏と、その藤原氏に代表される一部貴族勢力が、一方においては、初期庄园制の確立という事實を基礎にし、他方においては、皇室と姻族關係に入るによつて、從來、皇室のみが有していた權力行使の場に入り、それにより從來の政治態勢の傳統を自分たちを中心とする場に、もちこまんとしたからである（註一）（註二）。かかる情勢は、まず、この亂後約半年をへた七二九年（天平元年）八月十日に、不比等の娘で聖武天皇の妃である光明子の立皇后ということによつて展開した（註三）。そして、さらには七四三年（天平十五年）五月の墾田私有令は、以上のごとき新情勢に對して實質的な基盤を與えるにいたつたのである。

さらに、長屋王の變は、こと赦に關して重要な轉機を與えている。それは前にもふれたごとく佛教の中央政治權力のなかへの進出である。いうまでもなく、大化改新によつて佛教は、國家の統制下におかれた（註四）。それは、主として貴族層を存在基盤としていたのであるが（註五）、長屋王の變を境にして、かかる事情は一變した。これは、篤い佛教徒であつた聖武天皇という個人的要素が強く作用していると思われる。天皇の母は、不比等の女宮子であり不比等の女、安宿媛を皇后とし、佛教徒であつた武智麿の皇太子傳の下に教導せられたのであつて、佛教信仰に篤い

武智鷹一家のなかにおいて生活せられたのであるから、この天皇の朝において、いわゆる奈良佛教が飛躍的展開をなしたことは、當然のことである。しかし、天皇が即位（七二四年）せられて、しばらくした七三二年（天平四年）頃から、この天皇の政治を襲つたものは、うち續く天災、飢饉であり、また悪疫の流行であつたのである。かかる事態に直面した皇室にとつては、從來となえられている祥瑞思想の下では、これらの現象は朝廷の不徳の現れとして考えなければならぬであつたろうし、まさに苦惱の連續であつたであらう。七三四年（天平六年）四月七日の「地震の災は、恐くは政事の闕ることあるによらむ……」「このごろ天地の災、常に異なること有り、朕撫育の化、汝百姓において闕失せるところ有らむか」とか、同年七月十二日の「このごろ天頻りに異を見、地しばしば震動す、まことに朕が訓導の明ならざるに由て、民多く罪に入れり、責一人にあり」とか、あるいは七三五年（天平七年）五月二三日の「朕寡徳をもつて、萬姓を臨馭す、自ら治機に暗して、いまだ寧濟なること尠はず、このごろ災異頻にして、咎徴を見る、戦々兢兢として、責予に在り」といつた詔に、この朝廷の苦惱をはつきりとみることが出来る。かかる苦惱から天皇を救つたのは、天皇の身にしみこんでいた佛教であつたのであり、金光明經・仁王經といつた一連の護國鎮護の教を中心として、天災地變などの消除がはかれたのであつた。かくて、このような條件と、この天皇の下において、佛教は現實の政治に強く力をおよぼすにいたつたのである（註六）。

ところで、當時、九州に發生した疫瘡は、ついに中央にまで擴り、七三七年（天平九年）の四月には房前、七月には麻呂と武智鷹が、そして八月には宇合と一瞬のうちに藤原氏の中心人物を全滅させてしまつたのである。そして、これに替つて政局の中樞に現れたのが橘諸兄である。この諸兄の下に七三七年（天平九年）八月二六日に僧正位につ

いた歸朝僧玄昉の出現は、彼が宮廷の内部生活にまで入ることによつて、佛教をして皇室に確固たる地位をきずかせるにいたつたのである（註七）。

（註一） 長屋王による諸改革は、いずれも土豪に有利に行われたのであるし、長屋王の變以後、藤原氏によつてなされた施策が貴族層に有利ではあつたが、農村土豪にとつては都合の悪いものであつたといふことがいわれているが、このことは、長屋王の變の性格をしめす一つの材料であると思う。前掲北山氏論文參照。

（註二） 先に不比等の病のために赦刑がなされ、いまた、七三七年（天平九年）七月二三日には、武智麿の病のために赦がなされている。皇室と藤原氏の關係をしのぶことができるが、それよりも、この事實は、天武天皇が期待した律令政治體制かくずれたことを示すものといえる。

（註三） この光明子の立皇后ということは、從來の例にくらべ異常なものであつたのである。だから、立皇后の詔において、ことさらに先例のないものではないと斷らなければならなかつたのであらう。

（註四） 例えば、僧尼令が、ほとんど禁止規定より成つていたことによつてもこのことはしれる。

（註五） 例えば、行基の民間への布教運動は、禁壓せられていた。

（註六） かかる勢力に對する反抗が、廣嗣の亂（七四〇年）となつてあらわれている。すなわち「大宰少貳從五位下藤原朝臣廣嗣上表、時政の得失を指し、天地の災異を陳べ、因て僧正玄昉法師を除かん……」といつたことは、このことを示すものである。（註七） 國分寺建立の詔は、この點興味があるので、ひいておく。

天平十三年三月乙巳「朕薄德を以て、忝く重任を承たり、いまだ政化を弘めず、寤寐多く慚ず、古の明主は、皆先業を能くして、泰かに人樂しみ、災を除き、福至る、何の政化を修め、能く此道を臻さむ、頃者年穀豐ならず、疫癘頻りにいたる。慙懼ともども集て、唯勞して己を罪す、是を以て廣く蒼生のために、遍ねく景福を求め、故に前年驛を馳て、天下の神宮を埒飾へ、去歲普く天下をして釋迦牟尼佛の尊き像高き一丈六尺者、各一鋪を造り并に大般若經各一部を寫さしめ、今春よりこのかた、秋稼に至るまで、風雨序に順て、五穀豐かに穰れり、これ誠を徴はし、願を啓くこと、靈呪答するがごとし、すなわち惶れ懼て、もつて自寧なし、經を案ずるにいわく、もし國土に講宣讀誦、恭敬供養して、此經を流通せる王あらば、我等四王、

常に來て擁護して、一切の災障、皆消殄せしめ、憂愁疾疫もまたのぞき差さむ、願うところ心に透いて、恒に歡喜を生むと著れば、宜しく天下の諸國を令して、各七重の塔一區を敬い造り、ならびに金光明最勝王經、妙法蓮華經各十部を寫さしむべし……」

このなかに、佛教が皇室によりとられた理由の多くが語られていると思ふのである。

以上のごとき、佛教が政治に直接の關係をもつにいたると、その思想は、當然に赦にあらわれてきたのである（註一）。まず、聖武天皇が即位せられて間もない七二五年（神龜二年）十二月二日に、詔して、

死する者生べからず、刑せらるもの息すべからず、これ先の典の重ずるどころなり、あに恤刑の禁なからんや、今奏するところ在京、および天下諸國の見禁囚徒死罪は宜く流に従うべく、流罪はよろしく徒に従うべし、徒以下は並に刑部の奏に依れ

とせられた。この赦詔は、從來の赦詔にくらべると、全く新しい意議をみることができであらう。もとより、この詔のみからでは、佛教の影響というものを直接くみとることはできない（註二）、しかし、この詔は、のちに現われる佛教による寛刑思想と相通するものがあり、この詔の精神が、少くとも聖武天皇の時代における赦刑に共通分母としてふくまれていたのである。例えば、七三一年（天平三年）十一月十六日の車駕が京中を巡幸した際、獄の囚人たちの悲吟叫呼をきかれ、憐愍されて、その死罪以下を免じたとあるもの、あるいは、七四〇年（天平十二年）六月十五日の

朕八荒に君臨、萬姓を奄有つ、薄きを履み朽みたるを馭して、情覆育に深し、衣を求め寢を忘て、切りに納隍を思い、恒に念う、何んぞ上玄に答えん、人民休平の樂あり、能く明命に稱て、國家寧泰の榮を致せり、信とにこ

れ寛仁を被るとき桂網の徒、身命を保て壽くことを得、鴻恩を布ときは、窮乏の類、乞徴を脱れて息ことあり、宜く天下に大赦すべし、

との勅にいたるまでに、それはみられる。かかる赦刑は唐においても多くみられたものであるが(註三)、わが國のそれは、これらのものに影響を受けたというよりかは、やはり、この項の天皇の詔にみられる殺生禁斷(註四)と共通の基盤によつたものと、わたしは思うのである。佛教の赦刑に對する影響は、上にのべたごとく實質をもつて、さらに展開をしたのである。例えば、七四六年(天平十八年)三月十五日の仁王般若經を講ずることによつた赦、七四七年(天平十九年)正月の赦などがこれである。そして、かかる勢は、聖武朝より孝謙朝に移ることによつて、さらにおしすすめられたのである。七五〇年(天平勝寶二年)四月四月の藥師經に歸して天下に大赦すとの勅、あるいは、七五一年(天平勝寶三年)の聖武上皇不豫における勅、また、七五四年(天平勝寶六年)十一月八日の聖武、光明兩尊體の平安のために藥師琉璃光佛に歸依し、また雜類衆生を放つべしとの經のおしえにより、天下に大赦すといつた勅などにそれはみられる。

(註一) この時代の赦刑そして後代の死刑廢止には、怨靈思想がみられないわけではない、しかし、この時代の赦刑は、それよりも、強く佛教に影響されていたとみてよいと思う。

(註二) この死者不可生、刑者不可息……は、史記孝文本紀によるものであることは、すでに石井博士が明かにせられている(石井博士「日本法制史概説」一五〇頁)しかし、表現は、ともかくとして、その背後には、聖武天皇にしみ込んだ、佛教思想をみなければならぬと思う。

(註三) 例えば、武德二年(六一九年)一〇月、貞觀四年(六三〇年)二月、開元三年(七一五年)一月、開元十九年(七三一年)四月等々にかかる性格をもつた赦刑をみることができる。



(註四) 武智麿傳によると「太子(聖武天皇)爰に田菟の遊を廢し」とあり天皇の殺生禁斷は、天皇の本質的なものの表現とみてよいと思う。もとより中國においても武德二年(六一九年)二月の詔などにおいて、このようなものをみることが出来るが、中國の影響を受けたといわんより、天皇の性格とか信仰によつたものであることの方が、わたくしには強いように思われる。

だが、藤原仲麿の出現は、かかる佛教勢力に對して一つの大きな抵抗となつた。仲麿は從來の官名を、それぞれ中國風によび改めるなど種々の點で中國風を發揮したのであるが、これは崇佛主義や僧侶政治に對する反動であるとしてよい、かくて七五七年(天平實字元年)三月に皇居の寢殿の承塵の裏に「天下太平」の四字が自生したとして、

これ乃ち上天の祐くるところ、神明の標す所、遠く上古を覽み、歷く往事を檢するに、書籍にいまだ載せざるところ、前代よりいまだ聞かざるところなり。まさに知りぬ、佛法僧の實先より國家太平を記し、天地諸神、預め宗社の永固を示す、この休符を載て、誠に嘉び誠に躍る、其不孝の子は、慈父も衿み難し、無禮の臣は、聖主もなほ棄つ、宜く天に従い發却本色に還すべし、また王公等忠を盡て匡しみるによつて、この貴瑞を感ず、豈朕一人能く致すべき所ならんや、宜しく王公士庶と天賜を奉じて以て上玄に答え、舊瑕を洗滌して、遍く新福を蒙るべし、

として天下に大赦している。このなかには祥瑞赦刑の思想が導入されていることを見逃すことができない。かくて、かかる勢は、橘奈良麿の變(七五七年)に勝ち、さらに勢をました仲麿の下においておしすすめられた。七五八年(天平實字二年)大炊王が彼等の擁立によつて即位した日、仲麿は表を奉つて、孝謙上皇、光明皇太后にそれぞれ「上臺實字稱德孝謙皇帝」「中臺天平應眞仁正皇太后」といつた尊號を冊すということまでなされた。だから、赦に

おいても佛教的なものより中國的なものが強く感ぜられるにいたつたのである。例えば、七〇六年（天平寶字四年）十一月六日の

先歲逆徒ありて、家々羅網に掛り、今年巡察して、人ごとに憲章を畏る、古人言ること有り、盜財を窺うこと主自ら來すことありと、躬を撫して自ら訟るは、責元首に歸す、靜かに言に念を興せば、憂る心灼が如し、書に云はずや、德は惟れ政を善す、政は民を養に在りと、今陽氣初て萌して、日南既に至れり、地惟れ物を育して、天道更に生ず、思うに地に承て仁を施し、天に順て恵を降す、玆の黔庶をして時と與に新なることを競は俾めむ。

其天平寶字四年十一月六日味爽より已前の、天下の罪に輕重なく、已發覺、未發覺、繫囚見徒、并に連れたる租調官物、未紀已に言上せる者、悉にこれを赦除せよ……

の勅などは、その例といつてよいであらう。

しかし、かかるものは、單なる個人の影響といつても過言はないものであつて、それは玄昉にしめされた僧侶政治に對する反動として現れたものであるがゆえに、仲麿をしのぐ個人の出現により消え去るべき運命をもつていたのであつた。すなわち、道鏡の出現と、稱徳天皇（孝謙上皇）の復辟によつて、その幕が降され、佛教勢力の政治面への再度の進出がなされるにいたつた。そして、七六六年（天平神護二年）四月二二日の三寶に歸依し行道懺悔し仁をたれて天下に大赦すといつた勅や、七七三年（寶龜四年）十二月二五日の藥師經に歸依して大赦すといつた勅に、この佛教による赦例をみいだすことができる。そして、かかるものは、所謂の僧侶政治といつた表現はとつたではあろうが、けつして道鏡とか、稱徳女帝といった個人の身にのみかかつていたのではなく、もつと廣く、そして深いものに

よつたのであり、これら個人は單に、それらの現われの一部にすぎなかつたとみてよいのと思う。そして、このことは、反對に儒教思想についてもいえるのであつて、これが佛教の擡頭によつて簡單に根絶されたとは、もとよりみることができないところであるが、政治が一面において、強く佛教に關連性をもつてるときであつても、他國においては、儒教思想は總ゆるものをこえて、根深くわが政治社會にくいこんでいたことは否定できないし、上掲の發せられた七七三年以外の赦詔においてもこのことは確認しうるのである。

#### (四)

以上わたくしは、赦の原因關係に佛教が作用した問題についてのべてきたのであるが、佛教の赦に對する影響に關連して生ずる、さらに重要な問題は、赦の内容である。上世中期以後における刑政の弛緩は、けつして赦のなされた回數の多きによつてもたらされたのではない。それは、赦の内容、すなわち赦すべき範圍を廣くしたことによつて招來せられたとすべきである（註一）。記録の上よりすると、桓武朝以降においては、赦の回數は、反つて極めて少くなつてゐる——桓武朝二五年間には八回ということになつており、これを大體在位年代の等しい聖武天皇の朝における二九回にくらべるならば、約三分の一の少なさになつてゐる——にもかかわらず、この頃から寛刑への傾斜が強くなつてゆくということは、赦の回數でなくして、その内容が問題になるのだからである。さて、金玉掌中抄は、赦を廣く別けて、常赦、大赦、非常赦と、その區別はそれぞれ次のごとくであるとししている。

常赦 大辟以下咸皆赦除、但八虐故殺人、常赦所不免者、不在赦限

大赦 大辟以下八虐故殺人等、咸皆赦除、但常赦所不免者、不在赦限

非常赦 大辟以下八虐故殺人私鑄錢、常赦所不免者皆咸除、

と、すなわち、常赦は、八虐、故殺人と律において常赦にも免ぜずとしたものを除いた犯罪に行われ、大赦は、八虐故殺人までは、みな赦除するが、律に常赦においても免ぜざるむねの規定あるものは赦すことがなかつたのであるがしかし、非常赦においては、これらの總てを赦したのである。

さて、七世紀後半より八世紀前半にかけてのわが國における赦刑は、右のうち大赦以下のものが大半であり、わけでも常赦が壓倒的に多數であつたのである（註二）。しかし、元正朝に入つてから、非常赦があらわれてくるようになった。まず、七一八年（養老二年）十二月七日の詔が、

朕處て寶位を承く、仰て霄構に憑り、天下に君とし能むこと茲に四年、上昊穹に則り下黎庶を字う。庸愚の民、自ら疎網に挂り、有司の法、常憲に寘けり、此を念う毎に、朕甚だ慙む、廣く至道を開て、遐く淳風を扇ぎ、惡を爲すの徒、深仁に感じて以て善に遷り、犯す有るの輩、令軌に遵ひて以て風に靡かんことを思欲えり、但し昔より今に、雜の大赦と言は、唯小罪を該ねて、八虐は霑はず、朕恭しく太上天皇の奉爲に、非常の澤を降むと思ふ、天下に大赦すべし、養老二年十二月七日子の時より已前、大辟の罪已下、罪に輕重となく、繫囚見徒、私鑄錢、并に盜人、及八虐、常赦に原さざる所も、咸に赦除せよ

としたのをはじめとして、さらに七二〇年（養老四年）八月一日には、藤原不比等の病氣平癒のために、これと同様な赦刑がなされている。しかし、かかる勢は、崇佛家で大いに殺生をいみきらつた聖武天皇の治世になると、さらにおしすすめられた。七四五年（天平十七年）九月十七日には、同十五の三年の内一切の宍を殺すことを禁じたあと

をうけて非常赦が行われるにいたつた。かくて、非常赦は、さらにすこし時代はへだたるが七八一年（光仁天皇の天應元年）十二月二〇日に、天皇の不豫のために行われたのがみえてゐる。かくのごとく非常赦は、限定はされてゐるが元正朝以降においてみられるようになってきたのである。

しかし、非常赦は、多くはみられなかつたといつても、この時代のものには、ある意味では非常赦と同じ實質的効果をもつものが現れるにいたつたのである。例えば、孝謙天皇の七二年（養老六年）七月七日の赦詔は、常赦ではあるが、その詔の末尾に

賊をもつて死に入らば、並に一等を降せ

とし、實質的に一定の犯罪に對しての死刑を廢除している。すなわち、上にのべた非常赦の間をぬうごとく常赦あるいは大赦でありながらその赦の詔勅の末尾に、死罪にあたるものは、死一等を減ずとし、死刑廢止の方向に赦の實質がむいてきたのである。例えば、七三五年（天平七年）五月二三日と同年閏十一月十七日のそれは、ともに私鑄錢について「罪、死に入らば一等を降す」とし、犯罪を限定しているが、七五五年（天平勝寶七年）十月二一日のそれや、七六四年（天平寶字八年）十二月二八日のそれは、

但だ死罪に入らむ者は一等を減ぜよ

若し死に入る者あらば、皆一等を減ぜよ

とし、特定の犯罪をあげることなく、總てのものに死刑停止の効果が及ぶとしてゐる。かかる傾向は、七七二年（寶龜三年）四月十八日、七七五年（寶龜六年）一月三日、七七七年（寶龜八年）十月三〇日、七七八年（寶龜九年）三

月二四日、七七九年（實龜十年）八月十九日、そして、さらに桓武天皇の七八二年（天應二年）七月二五日、個人赦ではあるが七八五年（延暦四年）十一月八日の三國真人廣見の赦刑、七九三年（延暦十二年）十月六日の深草王の赦刑などの赦についての詔勅にみられるのである。かくのごとく、赦が常赦あるいは大赦であつても死刑はこれを行わないということが多くみられるにいたつた（註三）、そして、かかる傾向の底流にのつて八一八年（弘仁九年）嵯峨天皇による

犯盜之人 不論輕重 皆配役所 使等偏 執此旨 未定年限 罪無輕重 命終役所

といつた、極めて重要な宣旨が出されるにいたつたのである。そして、この宣旨により、盜犯は、いかに重大なものであつても死刑や流刑を免れることになつたのである。

かくて、ここにおいて、律の規定は、制定法上の根據をもつ新法により改變されるにいたつたのであるが、それは從來行われていたことに、單に制定法上の根據を與えたものであるといふことができるであらう。保元物語によるならば、盜犯に限らず八一〇年（弘仁元年）に藤原仲成が誅されて以來、現實には死刑は、行われていないとしており、この死刑廢止の根據として、盜犯のそれについて規定したのが、弘仁九年のこの宣旨であるとの見解をも生じてくるのである（註四）。ともあれ、これ以降の死刑廢止は、現實には行われていたかもしれないが、歳終ごとに大臣が刑部の斷罪文を奏すれば、必ず勅して死罪の一等を減ぜられたと傳へられている。そして、ここに生じたもののは、刑政の弛緩といつた現象であつたのである。これは、上にみたごとく、けつして上世中期にはじまつたものではない。そのよつてくるところは、すでに、はるか以前に始つていたとみることができるのであつて、それがはつきりと

人々の前に姿を現わしたのは、やはり聖武天皇の時代あたりからであつたのである。しかし、この時代は、一方においては、佛教が國政に直接の關連をもちはじめ、また他方においては、律令制度の中核をなしている土地制度が、法令の上においても全國的にくずれ去つてゆく過程にあつたのであり、この前後において律令態勢は、全面的に晩期に入つていつたことは注目すべきことである。

(註一) ここで赦刑の回数についてふれておく。赦は、通常記録にあらわれたところによると、一年に一度といつたものが原則であつたらしい。しかし、時によると、これが一年に數回みられたこともあるし、これに反して全然みられなかつた年もある。これが相當の回数にわたつた例をひろつてみると、つぎのごとくなる。

六九二年(持統天皇六年) 二月十九日、三月十七日、四月二十五日、七月二日、八月三日、

七〇二年(大寶二年) 四月八日、八月三〇日、九月二三日、十二月十三日、

七五四年(天平勝寶六年) 一月五日、七月十三日、十一月八日、

七六四年(天平寶字八年) 十月十六日、十月二二日、十二月二八日、

七七三年(寶龜四年) 正月七日、同戊寅——この正月戊寅は、正月二日にならなければならないが、紹運錄、水鏡、歷代皇紀などには十四日に立太子の記事があるから戊寅は、庚寅の誤ではないかと思われる。ただし、紀略には戊寅とある——四月十八日、十二月二五日

七八一年(天應元年) 正月一日、三月五日、七月五日、十二月二〇日、

といつた具合である。六九二年のそれは、三輪臣高市麿などの練言を押しきつて農繁期に、持統天皇が、伊勢地方を巡幸せられた關係よりして、三月十七日のみならず二月十九日、四月二五日のそれも巡幸に關係があると思われるが、それにしても一年に五回もの赦刑がなされたというのは、珍しい例に屬する。

次の七〇二年の場合は、四月八日の神馬の瑞を、七月三〇日のそれは、始めて律を講じたこと、さらに九月十五日のそれについては、記録にはなにもしるされてないが、七日に駿河など五ヶ國の飢に使を遣はしたことがみえているし、十九日には行

宮營造のことがみえているから、そのいずれかに関係があるであろう。そして十二月十三日のそれは、持統上皇の不豫によりなされたのであるが、この年は、政治史上色々なものをふんだ年であつたことは前述のごとくである。

七五四年の場合は、一月五日は東大寺への行事、七月のそれは太皇太后の不豫、十一月八日は、聖武天皇と光明皇后の玉體平安のためになされている。

さらに七六四年の場合は、押勝の亂が影響を與えていたであらうし、七七三年の場合は、立太子も考えられるが、やはり前年の巫蠱の變が影響を與えたのであらう。また、七八一年の場合は、改元とか天變地異もあつたことはあつたが、やはり光仁天皇の病氣と崩御が主たる要因になつていたと思われる。

以上のごとくみると、もとより赦刑回数の多いことが、寛刑に關係のあつたことは否定できないが、果して、寛刑に決定的要因を與えたか否については、疑問がでてくる。

孝謙朝以後においては、赦は、しばしば行われているが、以上のような、一年に何回にもおよんだ例は、あまりみられないし、寛刑への傾斜は、やはり赦の實質すなわち内容の變化において認むべきとわたくしは思うのである。

(註二) 天武紀などにおいても、非常赦らしきものがみられる〔例えば、六八四年(天武天皇十二年) 正月十八日のそれ〕が、これらは確認できない。

(註三) 例えば、光仁朝のごときは、天皇在位十二年間に、この種の赦がなされなかつた年は、六年を数えるのみであつた。だから、あるいは、死刑の停止は、弘仁年間よりさらに遡りうるかもしれない。

(註四) 石井博士、前掲書一五〇頁、なお瀧川博士「日本法制史研究」八一頁以下。

## あとがき

以上これを要するにわが上代における刑事規範は、元來神の權威にのみ由來していたので、それは共同體構成員に差別なく規範的拘束力がおよんでいた。しかし、共同體が分解してゆく過程において發生した君主は、かつて神がも



つていた規範制定權を自己のものとするこゝによつて、君主自身のためにこれを行使するようになった。ここに、その一存によつて罪ある者を處罰するか否かの選擇權が君主の手に把握せられたのである。もとより、かかる選擇權は、かつて神がもつていたのであるが、神によるこれが行使は、全共同體の意思の體現であり、それゆゑ共同體の利害と直接の關係があつたのである。しかし、君主が選擇權を行使する場合には、君主の利益が一般の民衆の利益に優先する場合がでてくるのであり、赦はその最も典型的な場合である。かくて赦は、かかる古代法の本質に由來し、それから展開した。だから、赦は、ある程度、君主がそれを行う力があることを前提としたのであつて、ここに大化改新から壬申の亂にいたるまでの間に赦があまりみられないのに反して天武朝において多く發せられた理由を發見しうと思う。すなわち、わたくしは、大化改新の完成は、天武朝においてなされたと思うのであるが、それまでは天皇に赦を行うだけの力がなかつたのである。しかるに天武朝においては、天皇の權力が、貴族間の力のバランスの上に立つたものであるとしても、一應安定していたし、その安定した權力の下に大陸の文化の吸收が、以前にまして積極的に行われたのである。ここに赦は、その存在基盤としての權力の安定と、中國文化の影響をうけて、新しい展開期に入り頻繁に發せられたのである。天武朝における赦の特色は、とくに、祥瑞による赦にあると考える。祥瑞思想は、施政に直接の關係があるのであるから、その行われた祥瑞赦刑には、それに照應する政治的理由がなければならぬ。その政治的理由として、天武朝の祥瑞赦刑においては壬申の亂を、また、文武朝の場合には、天皇の資質に對する政治上の不安を、また、元明朝においてそれには、文武天皇なきあと女帝が位に即かなければならないといった事情や、律令制の中核をなしている土地制度の根本的な崩壞、そして平城京の造都の強行などによつてでてきた政治的

な動搖や、社會的不安があげられるが、かかる政治的理由に對して、中國より傳つた祥瑞思想が作用して、ここに、この時代における特徴ある祥瑞赦刑がなされたのである。

長屋王の變は、わが上世政治史上一つの轉期をかくしたことは疑われないが、この變を境として、佛教勢力が政局の中樞を占めるようになった。ここに赦は、強く佛教の影響を受けるにいたつた。そして、時がたつにしたがつて、佛教思想は、赦の實質——内容——にまで影響を與えたのである。當時、殺生禁斷の制が、多くの詔勅にあらわれているが、この思想が擴大されると、ここに死刑の廢止という傾向が現われるにいたつたのである。かくて、非常赦ではない赦においても、死罪に入るものの罪一等を減ずといった赦詔が頻發されるにいたつた。そして、かかる勢が、行きついたところは、弘仁九年の盜犯に對しては、死刑を科さずとの宣旨であり、また、その頃より始つたといわれている全般的な死刑の停止であつたのである。このようにして、上世刑法としての律は、かかる面においても死法化してしまつたのである。そして、かかる傾向が、さらに展開されたところに、われわれは、いわゆる上世中期以後における刑政の弛緩、その集中的表現として、本論文の最初にかかげた、嵯峨朝以來約三五〇年にわたる死刑の事實上の廢止という現象をみいだすことができるのである。